Archiv

für die

civilistische Praxis.

Drei und zwanzigster Band. Erstes Heft.

I.

Ueber die Gemeinschaftlichkeit der Zeugen und Urkunden durch Production.

Von

Herrn Oberappellations-Gerichts-Rath Hesse in Darmstadt.

Zu den Rechtsregeln, welche doctrinell hergebracht sind, in academischen Vorlesungen gelehrt und in die Praxis übergetragen werden, gehört auch die: Testes et documenta per productionem fiunt communia. Sie ist an und für sich einfach und man sollte darum denken, daß ihre Anwendung, unter alleiniger Aushülfe grammatischer Interpretation, nicht schwierig seyn könne.

Dessen ohnerachtet ist man über die Bedeutung und den Umfang des erwähnten Axioms nichts weniger denn einverstanden, wie aus den Abhandlungen und Bemerkungen der angesehensten Processualisten [1]) hervorgeht.

---

1) Mevius Dec. P. VIII. D. 111.
Bülow Abhandlung Th. II. Abs. 32.
Hagemann, practische Erörterungen Bd. VII. p. 804.
Heise und Cropp jurist. Abhandlungen, Band I. p. 113.
Gönner Handbuch II. p. 314. 326.
Spangenberg im Archiv für civilist. Praxis Bd. V. p. 415 sqq.
Linde in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. VI. p. 383.
Derselbe im Lehrbuch des Civilprocesses §. 251.
Bayer Vorträge pag. 434.
Danz ord. Proceß. §. 256. 307. 327.

Schon die Verschiedenheit der Ansichten über die Anwendung eines, seinen Worten nach, ganz klaren Satzes muß Zweifel gegen dessen Richtigkeit erregen, diese Zweifel aber finden Unterstützung, wenn man auf die Quellen des in Frage gestellten Axioms zurückgeht, auch gleichzeitig untersucht, ob und in wie fern dasselbe sich mit gewissen anderen unbestrittenen processualischen Vorschriften vereinigen lasse.

Als Quelle des Grundsatzes, testes et documenta per productionem fiunt communia, werden nun, anderer unbedeutenderer Stellen nicht zu erwähnen, allegirt:

Nov. 49 C. 2. und die aus solcher hervorgegangene authentica ad haec. C. de fide instr.; sodann

l. 26. §. 2. D. depositi.

C. 19 X. de censibus und

l. 17. C. de testibus.

Es wird darum vor Allem nothwendig seyn, zu untersuchen, was eigentlich in den angezogenen Gesetzesstellen zu finden sey und in wie fern sie Ausnahmen von feststehenden processualischen Grundsätzen statuiren.

Die Nov. 49. Cap. 2. [2]) sagt:

---

2) „Illud etiam judicavimus huic oportere adjici legi: Quia enim dudum scripsimus legem volentem ex propriae manus scriptura nullam fieri comparationem, sed ex solis documentis publice celebratis: videmus autem causarum experimentum egere competenti correctione in lege: et hoc ex ipso litigantium invenimus experimento: emendare eam secundum hoc volumus schema. Crebro namque proferens quidam cujusdam manus documentum, et ex ea faciens aut conventionem, aut suarum allegationum probationem: cum ejusdem manus adversa pars protulisset literas, et legitimam probationem exinde vellet fieri: ex quibus ipse adversarius illud obtulerat, ille utebatur lege: quia oportet ex publice confectis documentis fieri comparationem et non ex aliis quae a quoquam scribuntur.

§. 1. Sancimus, si quando aliquid tale contigerit, et quispiam voluerit secundum eas, quae ab adversario prolatae sunt literas, fieri examinationem: non accusetur, hoc tanquam non recte sit factum. Cui enim ipse credidit, et quod protulit is contra quem et ex quo suas affirmat allegationes,

durch ein früheres Gesetz sey verordnet worden, daß eine Vergleichung von Handschriften nur aus öffentlichen, nicht aber aus Privaturkunden stattfinden solle. Von dieser Bestimmung erscheine nach gemachter Erfahrung eine Aenderung nothwendig, die dahin gehe: Oft seye der Fall vorgekommen, daß der Kläger resp. Urkunden-Producent, wenn der Beklagte ein von derselben Hand geschriebenes Document beigebracht und auf eine Comparation mit der klägerischen Urkunde angetragen habe, sich auf jenes Gesetz, wornach nur mit öffentlichen Urkunden verglichen werden könne, berufen hätte.

Es werde daher verordnet, daß ein Gesuch um Vergleichung mit der von dem Gegner selbst vorgelegten Urkunde statthaft seye; denn dieser könne das von ihm selbst angezogene Document nicht für ungültig erklären und sich einer Vergleichung daraus nicht widersetzen, obgleich es kein öffentliches seye. Er werde nicht mit sich in Widerspruch gerathen und das abläugnen, was er selbst vorhin behauptet habe.

In diesem Gesetz steht nun, meines Erachtens nach, auch nicht eine Sylbe von Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel in dem von der Doctrin entwickelten Umfang, sondern es behandelt dasselbe die specielle Frage: ob gewisse, von der einen Partie selbst beigebrachte, Privaturkunden wider dieselbe zur Schriftenvergleichung könnten benutzt werden und die bejahende Entscheidung der Frage beruht auf dem anerkannten Rechtssatz, vermöge dessen es Niemanden gestattet seyn soll, seine eigene Handlungen als ungültig, resp. unverbindlich anzufechten.

Das Gesetz redet also nicht von dem Inhalt der fraglichen Privaturkunde, es redet nicht davon, daß der Producent einen Passus der Urkunde als nützlich für sich angeführt habe und darum auch einen anderen ihm nachtheiligen

---

hoc non accuset: neque prohibeat comparationem literarum ad eum fieri: licet contingat esse documentum manu cujuscunque conscriptum. Neque enim ipse sibi resistit, et quae affirmavit, haec accusabit."

Passus, zu Gunsten des Producten, müsse gelten lassen, es spricht sodann das Gesetz noch weniger von directem oder indirectem Gegenbeweis, von einem Einredebeweis, welchen die Zeugen des Klägers unterstützen könnten und umgekehrt, sondern es handelt lediglich von dem Factum, daß der Kläger einmal die Urkunde qu. als ächt anerkannt habe und als eine Folge dieses Factums wird es dargestellt, daß der Kläger späterhin in demselben Proceß nicht mit rechtlichem Erfolg behaupten dürfe, es seye die Aechtheit der Urkunde nicht constatirt oder mit andern Worten, sie seye keine solche, aus welcher eine Schriftenvergleichung vorgenommen zu werden vermöge.

Nur diesen und keinen anderen Sinn vermag ich in den, der Entscheidung zu Grunde liegenden, Worten:

„Cui enim ipse credidit, et quod protulit is contra quem et ex quo suas affirmat allegationes, hoc non accuset: neque prohibeat comparationem literarum ad eum fieri: licet contingat esse documentum manu cujuscunque conscriptum. Neque enim ipse sibi resistit, et quae affirmavit, haec accusabit.«

zu finden und etwas Weiteres enthält auch die auth. ad haec nicht, wenn sie sagt:

»ad haec ex literis quibus adversarius tuus utitur et profert recte petis examinationem fieri.«

Auch in ihr ist von dem materiellen Inhalt der Urkunde, welche producirt und später von dem Producenten angefochten wurde, keine Rede, sie beschäftigt sich lediglich mit der Ächtheit der Urkunde und die Worte:

»recte petis examinationem fieri.«

sind wohl — worüber kein Zweifel obwalten wird — nur dahin zu übersetzen:

du verlangst mit Recht (aus dieser Urkunde) eine Schriftenvergleichung.

also keine sonstige, das Materielle der Urkunde berührende, Erörterung.

Eine weitere entscheidende Stelle ist L. 26. §. 2 D. depositi vel contra [8]).

Wenn in diesem Fragment Paulus zum Bescheid ertheilt, daß der Richter erwägen werde, ob der Briefsteller, welcher behaupte, daß ihm zehn geschuldet würden, diese Schuld mit dem Briefe zu beweisen vermöge, so ist es nicht wohl erklärlich, wie man dieses Gesetz zur Begründung des Axioms: testes et documenta per productionem fiunt communia, habe allegiren mögen, da der Jurist hier einfach nur das sagt: Ob und was etwa die Urkunde qu. pro scribente beweise, das hänge, nach Maßgabe der Umstände, von dem arbitrio judicis ab, dieses also werde in jedem einzelnen Fall pro re nata entscheiden.

Irgend ein Princip über die sogenannte Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel oder eine Entscheidung, woraus zu deren Gunsten argumentirt werden könnte, enthält das Fragment eben so wenig, wie die Stelle des kanonischen Rechts, deren oben gedacht wurde, nämlich das Cap. 19. X. de censibus, verbis:

> Absonum erat praeterea, ut negaret illam ecclesiam, in tua dioecesi constitutam, super qua instrumenta praedecessoris tui ostendebat in jure, monasterio fuisse concessa, per quae episcopale jus petebat expresse.

Dieses Capitel spricht von dem Fall, wo der Producent im Allgemeinen auf den Inhalt der Urkunde Bezug ge-

8) „Titius Semproniis salutem Habere me a vobis auri pondo plus minus decem, et discos duos, saccum signatum: ex quibus debetis mihi decem, quos aqud Titium deposuistis: item quos Trophimati decem: item ex ratione patris vestri decem, et quod excurrit: Quaero, an ex hujusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit, scilicet quod ad solam pecuniae causam attinet? Respondit, ex epistola, de qua quaeritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse. An autem is quoque, qui deberi sibi cavit in eadem epistola decem, probare possit hoc, quod scripsit, judicem aestimaturum.“

nommen und hierdurch auch den Gesammtinhalt anerkannt hatte.

Auch die l. 17. C. de testibus [4]) enthält nichts zur Sache Relevantes, vielmehr bezüglich des Zeugenbeweises nur die specielle Bestimmung, daß wenn Jemand sich in dem einen Proceß gewisser Zeugen bedient habe, er solche in einem anderen Proceß zu recusiren nicht die Befugniß haben solle, er müßte denn einen später erschienenen Verdachtsgrund nachzuzeigen vermögen.

Aus diesem Fragment ist eine Analogie zu Gunsten des Axioms: testes et instrumenta etc. nicht zu ziehen, wollte man aber überhaupt eine Analogie darin finden, so würde dieselbe vielmehr für den Grundsatz sprechen, auf den ich nunmehr in Hinblick auf Nov. 49. C. 2. rekurriren werde.

Läßt sich nämlich — ganz abgesehen von der offenbar unerheblichen l. 26. §. 2. depositi, so wie dem ebensowenig concernirenden Cap. 19. X. de censibus — in der Nov. 49. C. 2. nichts weiter als der Grundsatz finden, daß Niemand berechtigt seye, in demselben Proceß das zu läugnen, was er bereits zugestanden hat, oder mit andern Worten, seine eigene Handlungen anzufechten, ein Grundsatz, der auch unabhängig von den Bestimmungen der Nov. 49. C. 2 allgemeine Anerkennung findet, so fallen alle Folgerungen, welche man aus dem, nirgends gesetzlich fundirten, Axiom: testes et instrumenta etc. hat herleiten wollen, von selbst zusammen, und es bleiben nur diejenigen bestehen, welche sich aus der Rechtsregel, daß Niemand seine eigenen Handlungen an-

4) Si quis testibus usus fuerit, iidemque testes adversus eum in alia lite producantur: non licebit ei personas eorum excipere, nisi ostenderit, inimicitias inter se et illos postea emersisse: ex quibus testes repelli leges praecipiunt: non adimenda scilicet ei licentia, ex ipsis depositionibus testimonium eorum arguere. Sed et si liquidis probationibus datione vel promissione pecuniarum eos corruptos esse ostenderit, etiam eam allegationem integram ei servari praecipimus.

zufechten befugt seyn könne, so wie aus andern allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen ergeben.

Daher ist

I. der Product befugt, innerhalb der ihm für seine eigenen Beweise präfigirten Frist mit den Beweismitteln seines Gegners ebenwohl Beweis anzutreten, sollte er auch bei Urkunden kein Recht auf deren Edition gehabt haben.

II. Auch ohne daß Product zeitigen förmlichen Gebrauch von des Gegners Beweismitteln gemacht hat, nützen sie ihm stets hinsichtlich seines directen Gegenbeweises, natürlich nicht als eigentliche Gegenbeweismittel, sondern lediglich deßhalb, weil der Richter den Werth jeden Beweismittels im Ganzen zu prüfen hat, sonach die Gründe für und gegen die Wahrheit des zu beweisenden Satzes aus dem Gesammtergebniß der Beweisführung entnimmt.

Es muß daher der Producent dasjenige, was die abgehörten Zeugen über das von ihm zu erweisende thema probandum zu Gunsten des Producten aussagen, eben so gelten lassen, als dieser befugt erscheint, diejenigen Stellen der vorgelegten Urkunde, welche der Beweisführer nicht angezogen hat, die aber den Beweissatz des Producenten berühren und wider denselben sprechen, zu seinen Gunsten anzuführen.

III. Gegen die Glaubwürdigkeit einer als Beweismittel beigebrachten Urkunde, ist, wenn Product sich ebenwohl auf solche bezieht, dem Producenten keinerlei Einwand zu machen erlaubt; (Specieller Fall der Nov. 49. Cap. 2.), so wie denn auch

IV. dasselbe auf die Production von Zeugen Anwendung findet.

Als eine weitere Folge der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel durch Production wird 5)

V. angeführt und durch Gesetze zu unterstützen versucht,

5) Bayer Vorträge pag. 484. Linde in der Zeitschrift l. c. pag. 292.

daß nach erfolgter Realproduction dem Producenten nicht mehr das Recht zustehe, das eine oder das andere seiner Beweismittel fallen zu lassen.

Ich halte diesen Satz theilweise für richtig, theilweise für unrichtig, und will ihn daher, bevor ich mich zu denjenigen Folgerungen der Doctrin aus dem Axiom: testes et instrumenta etc. wende, welche ich für gänzlich unhaltbar erachte, hier einer näheren Prüfung unterwerfen.

Was vorerst die Gesetze betrifft, aus welchen das erwähnte Verbot hergeleitet werden soll, so muß ich bekennen, daß mich diese für den angegebenen Zweck keineswegs befriedigt haben.

Der D. A. vom Jahr 1600 sagt im §. 28.:

„Als auch offtmals Commissiones ad perpetuam rei memoriam erkennt und hernach das darauf verfertigte Rotul versiegelt, in die Leserey geliefert, folgends solches wiederum herauszugeben, Supplicando begehrt worden und Zweiffel vorgefallen ob auf solche blosse narrata ohne weitere Erkundigung ob und wozu man solches bedürftig, dasselbig verfolgen zu lassen seyn solle. So wollen wir, daß zu Verhütung allerhand daraus entstehender Gefährlichkeiten hinfüran derjenige, so solche attestationes wiederum heraus begehrt, einen Schein von dem Richter, da dieselbe Sache zu Recht verfangen gewesen fürbringen, daß die Sach abhängig gemacht und man der attestationum bedürfftig, oder aber der Gegentheil selbst zu Frieden seyn."

Und handelt also von der Hinterlegung eines Rotuls, ad perpetuam rei memoriam abgehörter, Zeugen mit der Vorschrift, daß solcher nicht willkührlich solle zurückgefordert werden können. Zu den Gründen nun, aus welchen die Rückforderung zulässig seyn soll, wird auch die Einwilligung des Gegentheils angeführt. Daraus folgt aber nicht, daß der Producent nicht auf irgend einen von ihm producirten Zeugen verzichten dürfe.

Eben so wenig enthält das C. 40. X. de testibus [6]:

Dieses Kapitel spricht davon, daß der zur Zeugenabhör ernannte Commissarius selbst als Zeuge denominirt und daß darum ein anderer Richter zur Vornahme des Geschäfts bestimmt wurde,

ne ob testis defectum ejus justitia valeat deperire;

allein nirgends enthält das Gesetz davon, daß der Producent auf die Abhör der vom Producenten denominirten oder producirten Beweismittel ein Recht habe, das Geringste.

Es wird darum und bei der gänzlichen Unanwendbarkeit der im Eingange dieses Aufsatzes allegirten Gesetze zu untersuchen seyn, in wie fern das Verbot, einmal producirte Beweismittel fallen zu lassen, aus allgemeinen Grundsätzen abzuleiten sey?

Die Frage ist nach dem, was weiter erörtert werden wird, nur allein bezüglich des directen Gegenbeweises von practischem Interesse; ich bemerke zu dem Ende:

Jeder kann auf die ihm zustehenden Rechte verzichten, insofern durch einen solchen Verzicht nicht wohlerworbene Rechte eines Dritten gekränkt werden.

---

6) „Dilecto filio Arienen. Praeposito nobis innotuit exponente, quod cum causam, quae inter ipsum et Commitissam Flandrensem super donatione sex Praebendarum Sacerdotalium agitatur, vobis, Episcope ac Abbas Dedimenen et Attrebaten. Decano duxerimus committendam: idem Praepositus citra litis contestationem proposuit, quod testimonium Decani sibi necessarium erat in causa praedicta, cum de jure suo non nisi per ipsum et alium unicum tantum testem, facere fidem posset: unde postulavit, ut in causa ipsa eo procederetur excluso, vel supersederetur negotio, quousque substitueremus alium loco ejus: vos autem petitionem ejus admittere recusastis, quinimo post appellationem à Praebendarum ipsarum donatione suspendistis eundem. Ne igitur ob testis defectum ejus justitia valeat deperire, te Abbas Ursicampi loco ipsius duximus subrogandum: mandantes, quatenus si est ita (suspensione Praepositi relaxata) in causa juxta prioris mandati tenorem, ratione praevia procedatis."

Zu den Rechten einer Partie gehört auch die Befugniß, beliebig Beweismittel zu denominiren, resp. zu produciren, und da nun durch diesen Act an und für sich die Gegenpartie noch keine Rechte erlangt, indem sie durch eine beifällige Erklärung auf die Beweisantretung weiter nichts zu erkennen giebt, als daß sie gegen die Zulässigkeit der bezeichneten Beweismittel nichts zu erinnern finde, so unterliegt es wohl im Allgemeinen keinem Bedenken, daß der Producent gerade so auf einzelne Zeugen oder Urkunden — vorbehältlich der dem Gegentheil zu ersetzenden Kosten — verzichten könne, wie der Kläger auf einzelne Theile seiner Klage zu verzichten die Befugniß hat.

Es könnte nun zwar hiergegen eingewendet werden, daß durch eine solche, dem Producenten eingeräumte, Befugniß die Rechte der Producten indirect möchten gekränkt werden, weil dieser leicht inducirt werden würde, Gegenbeweismittel nicht zu gebrauchen, die schon als Beweismittel von dem Gegner denominirt worden sind; allein dieser Einwand beseitigt sich durch folgende Erwägung:

Vorerst mag jeder seine Beweismittel selbst gebrauchen, unabhängig von dem, was der Gegner thut, sodann kann der Product da, wo keine Gegenbeweisfrist läuft, im Falle der Producent gewisse Beweismittel fallen läßt, mit denselben selbst Gegenbeweis antreten, war aber Termin zum Gegenbeweis anberaumt, und ist solcher abgelaufen, so wird dem Producten, resp. Reproducenten ohne Anstand, auf den Grund des gegentheiligen Verzichts, Restitution nicht versagt werden.

So lange es sich also nur allein um Rechte des Producenten handelt, oder mit anderen Worten, so lange nur allein der Producent aus den namhaft gemachten Beweismitteln Vortheile zu ziehen gedenkt, so lange wird nicht beanstandet werden können, daß er auf solche Vortheile zu renunciren die Befugniß habe; anders aber gestaltet sich das Verhältniß, wenn die fraglichen Beweismittel in ihrem Ergebniß

wirkliche Theile der Acten geworden sind, wenn hierdurch auch der Gegner — insoweit es der materielle Inhalt der Beweismittel zuläßt — die Befugniß erhalten hat, sich in seiner Impugnation darauf, so wie auf das Gesammtresultat der Beweisführung, zu berufen und wenn dem Producenten entgegengesetzt werden kann, daß er Dasjenige auch gegen sich müsse gelten lassen, was er für sich anzuziehen gemeint gewesen ist.

Wenden wir dieses auf die einzelnen Beweismittel an, so ergiebt sich, daß, was

a) den Urkundenbeweis betrifft, die Realproduction, d. h. die Vorlegung des Originals, nicht immer der Zeitpunkt seyn wird, in welchem die sogenannte Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel durch Production eintritt.

Dieß wird nur dann der Fall seyn, wenn der Product die Ächtheit der in Abschrift vorgelegten Urkunde verabredet und daraus entweder gar nichts oder nur eventuell (im Fall der Ächtheit) etwas für sich argumentirt, auch nach erfolgter Vorlegung die Urkunde anerkennt; die Realproduction aber wird dann der entscheidende Moment nicht seyn, wenn entweder der Product die Ächtheit des abschriftlich vorgelegten Documents alsbald einräumt und keine Original-Vorlegung verlangt, oder wenn in termino productionis nicht agnoscirt, somit ein weiteres Verfahren über die Ächtheit nothwendig wird.

Denn in ersterem Fall macht die Erklärung des Producten jede Original-Vorlegung unnöthig und wenn dieser aus der abschriftlich beigebrachten Urkunde irgend etwas acceptirt und nunmehr zu seinem Vortheil concludirt, so ist eine solche Acceptation und Conclusion von derselben Wirkung, als wenn dieselbe auf eine sonstige von dem Gegentheil bei Gericht abgegebene Erklärung erfolgt wäre.

Wird aber ein Verfahren über die Ächtheit vorerst nothwendig, so können die Folgen der sogenannten Gemeinschaftlichkeit noch zur Zeit nicht eintreten, weil ja der Pro-

ducent die von dem Gegentheil behauptete Unächtheit in jedem Moment zugestehen und dadurch jede Wirkung der producirten Urkunde vernichten kann. Erst in dem Augenblick, in welchem die Ächtheit der Urkunde constatirt ist, hat die Berufung des Producten auf ihren Inhalt practische Bedeutung.

Ich gehe nunmehr

b) zum Zeugenbeweis über:

So lange die Zeugen nur denominirt, ja sogar dann, wenn sie dem Richter schon in Person vorgeführt sind, muß dem Producenten in Gemäßheit der oben entwickelten Grundsätze über Verzicht, die Befugniß zustehen, auf welchen seiner Zeugen er will zu verzichten; denn selbst die Vorführung derselben begründet für den Producten kein Recht und ist nur allein bestimmt, die Identität der Personen zu constatiren.

Sind aber die Zeugen abgehört, dann sind ihre Aussagen auf gesetzliche Weise Theile der Acten geworden, welche durch einen Verzicht Seitens des Producenten nicht entfernt oder vernichtet zu werden vermögen, und der Product, dem nun das Gesammtergebniß der Beweisführung vorliegt, hat das Recht, zu sagen, daß er Dasjenige für sich benutzen wolle, was gegen ihn angeführt worden sey.

Das versteht sich übrigens von selbst, daß alle bisherigen Ausführungen nur allein auf einen partiellen Verzicht von Beweismitteln passen, weil es natürlich der Partie freistehen muß, auf einen Klaggrund, auf eine Einrede &c. zu verzichten, mit welchem Verzicht derjenige auf alle das betreffende Factum berührende Beweismittel gleichbedeutend ist.

Ich habe bis hierher diejenigen Folgerungen aus dem Axiom testes etc., welche ich, wenn gleich aus andern Gründen, ganz oder theilweise zugebe, beleuchtet, dagegen vermag ich als aus dem Grundsatze der Nov. 49. C. 2. nicht folgend und nur aus einer doctrinellen Interpretation

des Axioms testes et instrumenta etc. hervorgegangen, nicht einzuräumen, daß überall, wo die Bestimmungen des J. R. Abschiedes und die peremtorische Natur des Beweistermins verbieten, irgend ein Factum oder ein Beweismittel als verspätet oder erloschen zu berücksichtigen, das erwähnte Axiom eine Ausnahme jener gesetzlichen und anerkannten processualischen Bestimmungen zu begründen vermöge, weil nirgends ein Gesetz existirt, welches einer solchen Ausnahme zur Seite steht.

Der J. R. Abschied §. 34. f. verordnet, daß alle Angriffs- und Vertheidigungsmittel, von denen in dem anhängigen Rechtsstreit Gebrauch gemacht werden soll, auf einmal vorgebracht werden müssen, und es sind, wird dieser gesetzlichen Vorschrift nicht genügt, die verspäteten Klaggründe, so wie Einreden u. s. w., für diesen Proceß verloren.

Ob der Beweistermin nach gemeinem Recht peremtorisch seye oder nicht, ist streitig [7]).

Es hat hier kein Interesse auf diese Controverse einzugehen, denn alle Particular-Gesetzgebungen haben, meines Wissens, nachgeholfen und sollte es irgendwo an einer legislativen Bestimmung fehlen, so verordnet der Richter in dem Interlocut, es müsse innerhalb peremtorischer Frist bewiesen werden [8]).

In Betracht dieser peremtorischen Eigenschaft des Beweistermins aber, so wie der Bestimmung des J. R. A. wird die mehrerwähnte Rechtsregel: testes et documenta etc. in nachfolgenden Fällen nicht zur Anwendung kommen können.

---

7) Gönner Handbuch II. p. 289. Spangenberg l. c. p. 420.

8) Sollte eine solche Bestimmung in dem Interlocut nicht enthalten oder irgendwo anerkannt seyn, daß der Beweistermin nicht peremtorisch seye, so finden dann, wie sich von selbst versteht, die Folgerungen keine Anwendung, welche ich aus dieser peremtorischen Eigenschaft ableite.

1) Wenn die von dem Beklagten, sey es für den directen oder indirecten Gegenbeweis, producirten Zeugen oder Urkunden einen Klagegrund berühren, den entweder der Libell nicht enthält oder der zwar zum Beweis ausgesetzt, jedoch aber von dem Kläger in seiner Beweisantretung mit Stillschweigen übergangen worden ist.

Wäre das Axiom richtig, so könnte keinem Bedenken unterliegen, daß es hier den Bestimmungen des J. R. A. und den Wirkungen der peremtorischen Beweisfrist entgegenstünde; denn eine grammatische Interpretation des deutlichen und einfachen Rechtssatzes würde zu diesem Resultat führen. Dessen ohnerachtet aber leuchtet selbst Denen, welche die sogenannte Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel lehren und sich über den Mangel eines dafür sprechenden Gesetzes hinwegsetzen, ein, daß die Anwendung des aufgestellten Rechtssatzes in dem vorliegenden Falle etwas weit führen möchte. Und in der That sie würde, neben Verletzung gesetzlicher Grundsätze, entweder eine Verlängerung der Processe, oder eine Beeinträchtigung der Rechte einer Partie bewirken. Denn gesetzt, der Kläger, welcher die Gültigkeit eines Vertrags aus Gründen seiner Minderjährigkeit angefochten und dem der Richter über diesen Klagegrund Beweis auferlegt hat, wollte, nachdem die Gegenbeweiszeugen des Beklagten einen von dessen Seite beim Vertragsabschluß untergelaufenen dolus zur Sprache gebracht haben, nunmehr neben der Minderjährigkeit auch den dolus geltend machen, so würde entweder das erste Verfahren sich in der Beweisinstanz wiederholen, oder dem Beklagten wären großen Theils die Vertheidigungsmittel abgeschnitten, welche ein ordnungsmäßiges Verfahren garantirt. Mit einem Wort, es läge eine weit ausgedehnte mutatio libelli vor und die gesetzliche Bestimmung des J. R. A. wäre verletzt.

Oder gesetzt, es wäre dem Kläger, auf deßfallsiges Vorbringen, sowohl der Beweis der Minderjährigkeit als auch des dolus auferlegt worden, er hätte aber nur den ersteren,

nicht aber den letzteren angetreten und wollte nunmehr von dem Gebrauch machen, was des Beklagten Gegenbeweiszeugen über das Klagefundament des dolus deponiren. —

Hier steht nun, meines Erachtens, ebensowohl das von Spangenberg l. c. p. 417. geltend gemachte: Actore non probante reus absolvitur, als die peremtorische Eigenschaft der von dem Kläger versäumten Beweisfrist und weiter der Grund entgegen, daß der Beklagte, der gar keine rechtliche Veranlassung hatte, sich gegen den Beweis des dolus vorzusehen, offenbar in eine schlimmere Lage, wie der Kläger, versetzt, und ihm namentlich die Möglichkeit, Interrogatorien einzureichen, ganz abgeschnitten werden würde.

Das Axiom: testes et documenta etc. kann sodann

2) nicht zur Anwendung kommen, wenn die, behufs des indirecten Gegenbeweises, vorliegenden Zeugenaussagen und Urkunden etwas für den Klagegrund Nützliches enthalten und zwar eben so wenig, wenn

a) des Klagegrundes wegen kein Beweis angetreten wurde, als

b) wenn zwar Beweis angetreten, derselbe aber gänzlich verfehlt, oder

c) wenn Beweis angetreten, solcher jedoch theilweise verfehlt wurde.

Wenn des Klagegrundes wegen gar kein Beweis angetreten worden ist, so findet Das Anwendung, was oben ad 1) ausgeführt wurde: actore non probante reus absolvitur; dem Kläger steht entgegen, daß ihm die Antretung des Beweises bei Strafe der Desertion binnen bestimmter Frist oblag; trat er nun diesen Beweis nicht an, so ist derselbe erloschen, und was etwa die Beweismittel seines Gegners über den Klagegrund enthalten, relevirt nichts, weil keine gesetzliche Bestimmung verordnet, daß die eine Partie für die andere Beweis führen könne.

Eben so wenig, wie mir das bis hierher Gesagte einem gegründeten Zweifel zu unterliegen scheint, wird sich

ad b) wider die Behauptung mit Bestand etwas einwenden lassen, daß der Kläger auch dann von den indirecten Beweismitteln des Beklagten keinen Gebrauch machen könne, wenn der Beweis des Klagegrundes zwar angetreten, jedoch aber gänzlich verfehlt worden ist.

Im Wesentlichen tritt hier dieselbe Beurtheilung, wie ad a) ein.

Der Producent ist Derjenige, welcher den ihm obliegenden Beweis nicht nur antreten, sondern auch mit den, in der Beweisantretung denominirten, Beweismitteln führen muß.

Sind diese Beweismittel ganz irrelevant oder unzulänglich, so ist die Wirkung dieselbe, als ob kein Beweis angetreten worden wäre, und es kommt in Folge der peremtorischen Natur des Beweistermins, welche nicht gestattet, nachträglich auf andere Beweismittel Bezug zu nehmen, der vorhin angezogene Grundsatz zur Anwendung: Actore non probante reus absolvitur; denn es läßt sich nicht nachweisen, daß dem Kläger die Befugniß zustehe, von Zeugen und Urkunden, die nicht er zur gehörigen Zeit denominirt hat, zu seinem Vortheil Gebrauch zu machen, und es würde in dieser Vergünstigung für den Kläger häufig eine Ungerechtigkeit gegen den Beklagten liegen, der auf einen solchen Angriff nicht vorbereitet war und dem dann insbesondere bei Abhör der von ihm producirten Zeugen die Möglichkeit benommen wäre, bezüglich dessen, was dieselben ganz gegen die Intention der Beweisantretung zu seinem Nachtheil aussagen würden, Fragstücke einzureichen.

Das Recht aber, Fragstücke einzureichen, oder im summarischen Proceß, wo keine Beweisartikel übergeben sind, den Richter auf die Puncte aufmerksam zu machen, welche bei der Zeugenabhör im Interesse des Producten zu respiciren sind, kann diesem nicht genommen oder verkürzt werden.

Diese meine Ansicht stimmt im Resultat mit derjenigen überein, welche Spangenberg l. c. p. 418. seq. entwickelt hat.

Da in einer neueren Abhandlung von Linde [9]) gegen die Richtigkeit der Spangenbergischen Ansicht Zweifel erhoben worden sind, so wird es nicht ohne Interesse seyn, auf die Linde'schen Bedenken näher einzugehen.

Es heißt an der angeführten Stelle:

„Was den Hauptbeweis und indirecten Gegenbeweis anbetrifft, so kann der Product und Reproduct von den Beweismitteln, welche zum Beweise und Gegenbeweise producirt worden sind, stets nur unter der fernern Voraussetzung Gebrauch machen, daß der Beweis des Klage- oder Vertheidigungsgrundes, wofür das gemeinschaftlich gewordene Beweismittel benutzt werden soll, nicht versäumt ist

Wenn nämlich der Kläger versäumt hat, den Beweis über einen Theil der zur Begründung der Klage aufgestellten Thatsache, anzutreten, so kann er das zum Beweise dieser versäumten Puncte Dienliche aus den gemeinschaftlichen Beweismitteln nicht mehr benutzen. Dasselbe gilt in dem Fall, wenn die Antretung des Beweises der Vertheidigungsmittel versäumt ist. In Bezug auf alle Puncte aber, wegen welcher der Beweis und beziehungsweise der uneigentliche Gegenbeweis angetreten ist, können die gemeinschaftlichen Beweismittel benutzt werden, und es kann nichts darauf ankommen, ob der Beweisführer mit den, von ihm selbst producirten Beweismitteln etwas oder gar nichts bewiesen hat.

Spangenberg stellt zwar die Behauptung auf: wenn der Kläger den Beweis zwar angetreten, aber ganz und gar nichts erwiesen habe, seye es, weil er unzulässige Beweismittel zur Hand genommen, oder weil dieselben irrelevant und nicht beweisfähig gewesen, oder weil seine Zeugen ganz und gar nichts für seine Intention sprechendes

9) Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. p. 400.

ausgesagt, so seye er nicht befugt, von den vortheilhaften Aeusserungen der Gegenbeweiszeugen etwas für sich anzuziehen, weil dann das Axiom für ihn eintrete, actore non probante reus absolvitur, etiamsi nihil reprobaverit. Allein die Anwendung dieses Axioms für den aufgestellten Fall beruht auf einer argen petitio principii. Denn das ist ja gerade die Frage, ob man in einem solchen Fall annehmen könne, der Kläger habe nicht bewiesen? Nirgends haben die Gesetze die Benutzung der gemeinschaftlichen Beweismittel an die Bedingung geknüpft, daß man auch eigene Beweismittel, welche wirklich einigen Beweisgrund enthielten, damit verbinden müsse; im Gegentheil ist die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel, als nach der Realproduction unbedingt eintretend, dargestellt. Auch folgt die Annahme einer derartigen Beschränkung aus keinem anderen Rechtsgrundsatze, wie das in Beziehung auf versäumte Beweissätze der Fall ist. Wenn einmal allgemein der Grundsatz feststeht, daß man zur Ausführung des Beweises sich auch der vom Gegner producirten Beweismitteln bedienen dürfe, dann reicht es, um von dieser Zuständigkeit Gebrauch zu machen, hin, daß man sich in der Lage erhalten hat, wirksame Beweismittel zu benutzen, daß man also nicht durch Verzicht oder Versäumniß das Recht, den Beweis zu führen, verloren hat. Wollte man den Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit blos da anerkennen, wo es sich um Ergänzung und Vervollständigung eines unvollständigen Beweises handelt, so würde ohnehin meistens viel Streit darüber entstehen, ob dann so viel bewiesen sey, daß es sich blos um Ergänzung und Vervollständigung handle. Der Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel beruht zuletzt auf der Idee, den Sieg des materiellen Rechts zu ermitteln, und den Richter nicht in die Lage zu versetzen, gegen den Inhalt der Acten, aus Rücksicht auf formelles Vorbringen von den Partheien ein Urtheil sprechen zu müssen. Ein Rechtssatz, der auf solchen

Rücksichten beruht, muß möglichst unbeschränkt erhalten werden."

Mir scheint, daß der Vorwurf, den Linde der Spangenbergischen Ausführung macht, ihn selbst trifft, nämlich derjenige der petitio principii.

Linde spricht überall von einer Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel in dem von ihm unterstellten Umfange, er behauptet, daß dieser Grundsatz (gesetzlicher) der Gemeinschaftlichkeit auf der Idee beruhe, den Sieg des materiellen Rechts zu ermitteln, und er berührt namentlich, daß die Benutzung der gemeinschaftlichen Beweismittel nirgends an die Bedingung geknüpft worden, daß man auch eigene Beweismittel ꝛc. damit verbinden müsse.

Nun aber werfe ich, in Folge des bisher Ausgeführten, die Frage auf, ob denn überhaupt die Gesetze eine Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel in dem unterstellten Sinne kennen, ob diese nirgends begründete Gemeinschaftlichkeit nicht gegen die Bestimmungen des J. R. Abschiedes und gegen die peremtorische Eigenschaft des Beweistermins anstoßen würde, und ob es dem Juristen erlaubt ist, zu Gunsten des materiellen Rechts Thesen zu schaffen oder sich über bestehende gesetzliche Bestimmungen hinauszusetzen?

Sobald Linde behauptet: „nirgends hätten die Gesetze die Benutzung der gemeinschaftlichen Beweismittel an die Bedingung geknüpft, daß man auch eigene Beweismittel, welche wirklich einigen Beweisgrund enthielten, damit verbinden müsse; im Gegentheil sey die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel als nach der Realproduction unbedingt eintretend dargestellt," — so mußte er auch einräumen, daß, wenn gar kein Beweis von Seiten Dessen, gegen den die Gemeinschaftlichkeit geltend gemacht werden soll, angetreten, also die peremtorische Beweisfrist versäumt worden ist, daß auch alsdann von den so prädicirten gemeinschaftlichen Beweismitteln hätte Gebrauch gemacht werden können; dies aber hat er nicht gethan, offenbar aus Scheu vor dem pe-

remtorischen Beweistermin. Er scheint mir aber hierbei nicht berücksichtigt zu haben, daß diese peremtorische Eigenschaft grade so gut gegen den versäumten Beweis im Allgemeinen, wie gegen jedes einzelne versäumte oder nicht gebrauchte Beweismittel wirkt, und daß, was von dem Einen gilt, auch nothwendig von dem Andern gelten müsse; denn Derjenige, von dem gar kein Beweis angetreten ist, verliert alle Beweismittel, Derjenige aber, der nur einzelne Beweismittel gebraucht hat, alle andere, welche seine Beweisantretung nicht enthält.

„Hierin" (nämlich in der Beweisantretung) sagt Linde Lehrbuch §. 249.

„soll der Beweisführer als angreifender Theil während der Beweisfrist dem Richter des anhängigen Processes die zu benutzenden Beweismittel speciell und so vollständig nach der Benutzungsart anzeigen, daß jetzt schon deren Erheblichkeit beurtheilt werden kann."

Wie aber vermag der Richter über die Erheblichkeit der Beweisantretung zu urtheilen, wenn dieselbe aus anderem, noch zur Zeit gar nicht vorliegenden, Material soll hergestellt werden können; und ist es nicht materialiter, ganz gleichgültig, ob ein Beweis gar nicht angetreten, oder, wegen gänzlicher Irrelevanz, sogleich auf die Beweisantretung für desert erklärt worden ist? In diesem letzteren Falle war Beweis angetreten; es müßte also, nach der Linde'schen Theorie, um zu sehen, ob etwa die indirecten Gegenbeweismittel noch Etwas für den Kläger ergeben könnten, von dem Grundsatz actore non probante etc. keine Anwendung gemacht, sondern zur Gegenbeweisführung übergegangen werden, weil von dem zufälligen Umstand, daß der Kläger seinen Beweis alsbald angetreten, der Beklagte aber mit dessen Antretung oder Ausführung gezögert hat, unmöglich abhängen kann, ob Jenem das zum Vortheil gereichen soll, was des Letzteren Beweismittel Nützliches enthalten.

Der Fehler, den Spangenberg meiner Ansicht nach begangen hat, liegt darin, daß er (als worauf ich weiter unten zurückkommen werde) nicht noch weiter gegangen ist, als gegangen zu seyn ihm Linde zum Vorwurf macht, und die Ursache der von einander abweichenden Ansichten möchte darin zu suchen seyn, daß Spangenberg und Linde mehr der Doctrin als den Gesetzen gefolgt sind und die Lehre nicht auf gewisse processualische Grundsätze zurückgeführt haben, ohne deren strenge Durchführung man in dieser Materie nie in's Reine kommen wird.

Ich gehe nun

ad c) zu dem Falle über, wenn von dem Kläger zwar Beweis angetreten, derselbe aber unvollständig geführt worden ist.

Auch hier räume ich dem Kläger nicht das Recht ein, zur Vervollständigung seines Beweises auf die, von dem Beklagten zur Führung indirecten Gegenbeweises gebrauchten, Beweismittel Bezug zu nehmen.

Es ist dieses der Punct, über welchen ich nicht mit Spangenbergs Ansichten harmonire und bezüglich dessen ich ihm zum Vorwurf mache, nicht weit genug gegangen zu seyn.

Ich frage, worin soll, hinsichtlich der Wirkungen der sogenannten Gemeinschaftlichkeit, die Ursache des Unterschiedes zwischen einem nicht angetretenen, einem ganz verfehlten, oder einem theilweise verfehlten Beweise liegen?

Die peremtorische Eigenschaft des Beweistermins und die Beeinträchtigung der Vertheidigung dessen, gegen welchen der Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit geltend gemacht werden soll, finden auf den einen, wie auf den andern Fall volle Anwendung.

Die entgegenstehende Spangenbergische Ansicht ist pag. 419. und 420. der allegirten Abhandlung also entwickelt:

„Hat der Kläger den Beweis seines Klaggrundes im Ganzen angetreten, und denselben, wiewohl unvollständig, ge-

führt, so kann er sich allerdings der ihm vortheilhaften Äusserungen der Gegenbeweiszeugen, falls durch deren Aussagen der geführte Beweis nicht vollkommen elidirt worden ist, bedienen, um seinen unvollständigen Beweis dadurch zu ergänzen und zu vervollständigen. Hat er dagegen den Beweis zwar angetreten, aber ganz und gar nichts erwiesen, seye es, weil er unzulässige Beweismittel zur Hand nahm, oder weil dieselben irrelevant und nicht beweisfähig waren, oder weil seine Zeugen ganz und gar nichts für seine Intention sprechendes aussagten, so ist er nicht befugt, von den vortheilhaften Äusserungen der Gegenbeweiszeugen etwas für sich auszuziehen, weil dann das Axiom wider ihn eintritt, actore non probante etc.

Lassen sich diese Sätze nicht füglich bezweiflen, so ist dieses um so mehr der Fall, wenn der Kläger zur Begründung seiner Klage mehrere Puncte aufstellte, den ihm auferlegten Beweis aber nur in Hinsicht eines einzelnen antrat ꝛc.

Im weiteren Verlauf seiner Ausführungen kommt Spangenberg auf den Gesichtspunct des Verzichtes und wendet diesen vorzugsweise auf den Fall an, wo unter mehreren, zum Beweis ausgesetzten Klagegründen über den einen oder den andern kein Beweis angetreten worden war.

Vorerst widerspreche ich Demjenigen, was Spangenberg an die Spitze seiner Ausführung gestellt hat und zwar als die These, worüber grade ein Nachweis von ihm hätte erwartet werden können; denn der Grundsatz actore non probante etc. findet eben so gut da Anwendung, wo gar Nichts, als wo zur Hälfte, zu ⅛, zu $^1/_{10}$ u. s. w. erwiesen worden ist, und wo nicht durch ein suppletorium oder purgatorium nachgeholfen zu werden vermag.

Und wie sollte in jedem einzelnen Fall ermittelt werden, ob gar Nichts oder ob doch Etwas bewiesen worden sey? Die Ansicht, daß Derjenige, welcher keinen Beweis an-

trete, auf seinen Anspruch verzichte, scheint mir unrichtig und selbst gegen Spangenberg zu sprechen.

Dadurch, daß die Partie über einen oder den andern der fixirten Beweissätze keinen Beweis antritt, verzichtet sie nicht auf den betreffenden Anspruch, sie giebt nur zu erkennen, daß ihr keine Beweismittel zu Gebote stehen.

Wollte man nicht Dieses, sondern einen eigentlichen Verzicht unterstellen, so würde wegen neu aufgefundener Beweismittel keine Restitution gegen den Ablauf der Beweisfrist nachgesucht werden können, weil dem Restitutions-Imploranten entgegenstünde, daß er verzichtet habe, im Falle eines Verzichts auf ein Recht aber von einer Restitution wegen neu aufgefundener Beweismittel nicht die Rede seyn kann.

Jeden Falls geräth Spangenberg durch die Berufung auf einen Verzicht mit sich in Widerspruch, weil er auch von Dem, der zwar Beweis angetreten, aber nichts erwiesen hat, nicht behaupten kann, verzichtet zu haben, während er doch diesem die Befugniß, von den sogenannt gemeinschaftlichen Beweismitteln Gebrauch zu machen, verabredet.

Auch dann, wenn

3) die Zeugen oder Urkunden des Klägers und Producenten sich über eine Einrede verbreiten, die a) nicht vorgeschützt, oder über die b) kein Beweis angetreten, oder bezüglich deren c) der angetretene Beweis ganz oder theilweise verfehlt wurde, kann, nach den bisher entwickelten Grundsätzen, das Axiom testes et documenta etc. nicht zur Anwendung gebracht werden.

Wenn — um einen bestimmten Fall in's Auge zu fassen — die Einrede der Zahlung nicht mit der Litiscontestation vorgeschützt und darüber in dem Interlocut nicht Beweis auferlegt wurde, so streitet es gegen die bestimmten Vorschriften des J. R. A., demnächst noch auf diese Einrede Rücksicht zu nehmen, selbst wenn das Factum der Zahlung, entweder nach dem Inhalte einer vom Kläger producirten Ur-

kunde, oder aber nach den Aussagen der Beweiszeugen, nicht dem mindesten Anstand unterliegen sollte.

Allein auch dann, wenn die Einrede opponirt und auf dieselbe im Interlocut gebührende Rücksicht genommen wurde, wenn aber der Excipient keinen Beweis angetreten hat, vermag er Dasjenige, was die Beweismittel des Klägers Günstiges für ihn enthalten, nicht zu seinem Vortheil zu benutzen; denn ihm steht entgegen, daß sein Beweis desert ist.

Zweifelhafter scheint auf den ersten Anblick die Sache, wenn von dem Excipienten Beweis angetreten worden ist, ohne daß derselbe irgend einen oder, wenn derselbe nur einen mangelhaften Erfolg gehabt hat.

Indessen steht hier, wie bereits oben ad 2) erörtert wurde, die peremtorische Natur des Beweistermins im Wege, und auch eine Berufung auf Billigkeit, so wie der Wunsch, dem materiellen Recht den Sieg zu verschaffen, möchte nicht geeignet seyn, den Grundsatz zu umgehen.

Denn hat man einmal zugegeben und muß man zugeben, daß dem Beklagten, welcher die Einrede der Zahlung nicht vorgeschützt, und dem solche der Richter nicht zum Beweise vorbehalten hat, alles Dasjenige nicht nützen kann, was etwa über das Factum der Zahlung im weiteren Verlauf der Verhandlung erweislich gemacht wird, — muß man dieses zugeben und findet man hier in den Bestimmungen des J. R. A. keine Unbilligkeit, sowie keinen widernatürlichen Sieg des formellen über das materielle Recht, so vermag ich nicht einzusehen, wie man das Gegentheil da behaupten möge, wo für den Reproducenten der Beweistermin abgelaufen ist.

Glaubt man sich dort nicht über die Bestimmungen des J. R. A. hinwegsetzen zu können, warum will man hier die peremtorische Eigenschaft des Beweistermins ausser Acht lassen? Liegt nicht gleicher Grund zur Achtung der Gesetze in beiden Fällen vor, und scheint nicht in beiden Fällen das materielle Recht auf gleiche Weise verletzt?

Ich sage, es scheint eine Verletzung für den Beklagten

vorzuliegen, denn ohne eine Nachlässigkeit von seiner Seite kann er materiell nicht beeinträchtigt werden.

Schützt der Beklagte die ihm zu Gebote stehende Einrede nicht vor, so ist es seine Schuld und es liegt eben so wenig hier ein Grund vor, seine Vertheidigung besonders zu begünstigen, als wenn er Kenntniß der ihm zu Gebot stehenden Beweismittel gehabt und dieselben nicht benutzt hat.

Hatte er aber entweder von dem Factum der Einrede selbst oder von den Mitteln zum Beweis derselben keine, oder keine vollständige Kenntniß, so liegt in dem Rechtsmittel der Restitution ob noviter reperta der gesetzlich vorgezeichnete Weg, jedem Nachtheil vorzubeugen, unter gleichzeitiger Wahrung der Rechte des Reproducten, dem insbesondere beim Zeugenbeweis die Möglichkeit der Einreichung von Fragstücken nicht abgeschnitten ist.

Vielleicht wird den Folgerungen, die ich aus den Bestimmungen des J. R. A. und aus der peremtorischen Eigenschaft des Beweistermins abgeleitet habe, entgegengesetzt, daß das Axiom testes et documenta etc. mit jenen Rechtsgrundsätzen gar nicht collidire, weil es sich — folge man den bisherigen Ansichten der Doctrin — nicht sowohl von einer Gestattung des Nachbringens versäumter Beweismittel nach abgelaufener Frist, als vielmehr von Würdigung des, durch den Gebrauch der Beweismittel erzielten Materials durch den Richter handle, bei welcher Würdigung dann der Grundsatz: judici fit probatio zur Anwendung komme.

Allein dieser Grundsatz, welcher unbeschadet der Verhandlungsmaxime nichts Anderes bedeuten kann, als daß

a) der Richter, dem unter keinen Umständen unnöthige Handlungen zugemuthet werden dürfen, keine Verbindlichkeit hat, selbst wenn beide Theile das Gegentheil wollen, irrelevante Beweismittel zur reellen Production zuzulassen, und daß

b) wenn einmal das Ergebniß der Beweismittel vorliegt, dessen Prüfung, unabhängig von der nachgiebigen Beur-

theilung der Partieen, lediglich dem Richter zukommt; dieser Grundsatz, sage ich, steht den von mir gezogenen Conclusionen nicht entgegen, denn wenn von einer Prüfung des Ergebnisses der Beweismittel die Rede ist, so versteht sich von selbst, daß nicht Alles, was auf irgend eine Weise in die Acten gekommen ist, berücksichtigt werden kann, sondern nur dasjenige Material, welches durch ordnungsmäßige, nicht unförmliche, verspätete rc. Beweisantretung integrirender Theil der Acten geworden ist und worauf die Partieen, sich zu beziehen, das Recht haben.

Nun aber bezieht sich der Producent nicht auf Dasjenige, was seine Beweismittel zu Gunsten des Gegentheils ergeben haben, der Product ist nicht zu einer solchen Berufung befugt, weil er mit diesen Beweismitteln keinen Beweis angetreten hat, und der Richter darf — will er anders nicht gegen die Grundprincipien unseres Processes ex officio verfahren — auf Beweismaterial, welches nicht rite zu seiner Kenntniß gekommen ist, keine Rücksicht nehmen.

Nachdem ich bis hierher unter den Nummern 1. 2 u. 3. die Fälle durchgegangen habe, in welchen, stünde das Axiom testes et instrumenta etc. richtig, dasselbe zur Anwendung gebracht werden müßte, in welchen aber eine solche Anwendung wegen entgegenstehender processualischer Principien unzulässig ist, muß ich noch einige Bemerkungen anreihen, die theils den Zeugen-, theils den Urkunden-Beweis berühren.

A) Bei dem Zeugenbeweis wird, wenn anders der abhörende Richter seiner Directorialpflicht genügt, der Fall nicht leicht vorkommen, daß die Beweiszeugen über den indirecten Gegenbeweis oder die Zeugen des Excipienten über den Klagegrund deponiren.

In dem ordentlichen Proceß werden zur Zeugenabhör regulariter Beweisartikel übergeben, und diese Artikel müssen, rechtlicher Ordnung nach, einzelne Facten zur Erschöpfung des Beweissatzes enthalten.

Thatsachen, welche diesem Beweissatze fremd sind, ge-

hören nicht in die Artikel, auch läßt sich nicht annehmen, daß der Kläger oder der Beklagte beabsichtige, für seinen Gegner Beweis zu führen.

Will nun dessen ohnerachtet der Zeuge bei der Abhör von dem abschweifen, worüber er nur zu deponiren hat, und will er, wenn er über die Entstehung der Schuld auf Antrag des Klägers vernommen wird, z. B. erzählen, daß er ein halbes Jahr nachher gesehen habe, wie der Beklagte seine Schuld an den Kläger abgezahlt habe, so wird ihn der abhörende Richter bedeuten: daß dieses Factum nicht zur Sache gehöre, daß er, Zeuge, darüber nicht gefragt worden und daß darum seine, des Zeugen Erzählung über die geschehene Zahlung nicht in das Protocoll aufgenommen werden könne.

Wer einmal Zeugen — namentlich ungebildetere Zeugen — abgehört hat, dem ist ein solches Verfahren und insbesondere auch das klar, daß, wollte der Richter alles niederschreiben oder niederschreiben lassen, was die Zeugen erzählen, häufig aus einem Termine von zwei Stunden ein solcher von zwei Tagen werden würde.

Auch in dem summarischen Proceß, in welchem keine Beweisartikel übergeben werden, wird nach denselben Grundsätzen verfahren; auch hier muß der Richter Das, was nicht zum thema probandum gehört, zurückweisen.

Der Fall, daß Klagegrund und E i n r e d e sich in facto nicht von einander trennen lassen, wird nicht leicht vorkommen; kommt er aber vor, so muß bei der Beurtheilung der Sache Klagegrund und Einrede von einander geschieden werden.

Hat nun der Richter schon bei der Abhör die Pflicht, zum Klagegrund oder zur Begründung der Einrede nicht gehörige Erzählungen des Zeugen zurückzuweisen, so ist davon die Folge, daß, wenn solche Erzählungen dessen ohnerachtet zur Ungebühr untergelaufen sind, kein r e c h t l i c h e r G e b r a u c h davon gemacht werden d a r f.

Was insbesondere

B) den Urkundenbeweis betrifft, so finden zwar auf ihn im Allgemeinen alle die Grundsätze Anwendung, welche oben entwickelt wurden, jedoch gibt er zu folgenden besonderen Betrachtungen Veranlassung:

a) Daraus, daß eine Partie eine, vom Gegentheil ausgestellte, Urkunde producirt und in einzelnen Theilen für sich anführt, folgt — auch wenn die Bestimmungen des J. R. A. und die peremtorische Natur des Beweistermins der andern Partie nicht entgegenstehen — noch keineswegs, daß sich diese unbedingt auf den ganzen Inhalt der producirten Urkunde berufen könne.

Eine schriftlich abgegebene Erklärung (eine von einem Theil ausgestellte Urkunde) kann nicht mehr Wirkungen haben, als eine mündliche. Gleichwie aber Niemand daran zweifeln wird, daß, wenn ein Geständniß abgelegt, gleichzeitig aber von dem Bekennenden etwas für sich Vortheilhaftes, für den Andern aber Nachtheiliges, behauptet wird, das Geständniß eine genügende Einräumung, der letztere Theil der Erklärung aber eine des Beweises bedürftige Behauptung enthält; eben so wird z. B. ein Brief, insoweit er ein, an und für sich bestehendes, Geständniß involvirt, gegen den Aussteller beweisen, während andere darin zu dessen Vortheil angeführte Umstände — ohne etwa besonders adminiculirende Verhältnisse — gänzlich beweisunfähig sind.

Die Richtigkeit dieser Ansicht folgt aus allgemeinen Grundsätzen, sie ergiebt sich aber auch insbesondere aus der oben allegirten l. 26. §. 2. depositi. Die Meinung Grolmans [10], daß es lächerlich seye, wenn der Producent erkläre, daß er eine vorgelegte Urkunde nur in passibus utilibus producirt haben wolle, ist daher schon aus dem sub a. entwickelten Gesichtspuncte unrichtig.

10) Theorie d. g. Verfahrens §. 194. Note.

Von selbst versteht es sich hierbei, daß ich den, über die sogenannte confessio qualificata geltenden, Grundsätzen [11]) in keiner Weise zu nahe treten will, dieselben vielmehr als richtig anerkenne.

Was nun

b) die von einem Dritten ausgestellte, von einer der Partieen producirte, Urkunde betrifft, so gelten bezüglich ihrer die Grundsätze vom Zeugenbeweis, wie von Linde und Heyse in den oben angeführten Abhandlungen eines Ausführlicheren dargethan worden ist.

Der Fall scheint mir indessen wenig practisch; denn die aussergerichtliche Bescheinigung eines Privaten beweist in der Regel gar Nichts, und beeidigte Bescheinigungen werden im Wege gewöhnlicher Zeugenabhör erhoben werden, weshalb sie denn nur allein aus dem Gesichtspuncte der Zeugendepositionen zu beurtheilen sind.

Producirt aber

c) Jemand eine von beiden Theilen zum Behuf wechselseitigen Beweises ausgefertigte Urkunde, so braucht diese nicht erst durch den gerichtlichen Gebrauch gemeinschaftlich zu werden, denn sie war es bereits zur Zeit ihrer Ausfertigung; dessen ohnerachtet vermag ich nicht einzuräumen, daß der Product, unangesehen der Bestimmungen des J. R. A. und der peremtorischen Natur des Beweistermins, von dem Inhalte der Urkunde noch uneingeschränkten Gebrauch machen könne.

Will er, um auf den oben ponirten Fall zurückzukommen, mit der vom Kläger beigebrachten Urkunde eine Einrede nachweisen, so ist, wenn diese Einrede nicht rite opponirt und zum Beweise ausgesetzt war, deren Gebrauch nicht mehr zuzulassen, denn alsdann kommt auf das Factum der Einrede in diesem Proceß Nichts an.

War dagegen das Factum, auf welches der Product nunmehr Gewicht legt, im Interlocut gewahrt, derselbe hat

11) Heyse und Cropp l. c. p. 123.

aber den Beweis dieses Factums entweder nicht oder nicht mittelst der vom Producenten zur Sprache gebrachten Urkunde angetreten, so ist zwar nach den von mir entwickelten Grundsätzen, der Urkundenbeweis für den Beklagten verloren, allein es treten dann die Wirkungen des Geständnisses ein, gegen welche in einem solchen Falle keine eingelegte Protestation rechtlichen Erfolg haben wird.

Denn räumt in einer Urkunde, die Kläger und Beklagter zusammen aufgenommen haben, der Letztere das debitum, der Erstere aber die Zahlung ein, und übergiebt diese Urkunde bei Gericht, so liegt in dieser gerichtlichen Uebergabe ein, bereits von dem Beklagten acceptirtes, also durch keine Protestation mehr zu vernichtendes Geständniß.

Der Fall, daß von dem Kläger, welcher die Urkunde selbst beigebracht hat, die Ächtheit des concernenten Passus geläugnet werden könnte, wird selten vorkommen, obschon er nicht unmöglich ist [12]. Kommt er aber vor, oder beanstandet der Kläger die Existenz des Geständnisses aus Gründen des Inhalts der Urkunde, so muß ein Zwischenverfahren eintreten, welches mit den von mir oben entwickelten Principien ebensowenig im Widerspruche steht, als wenig es unzulässig erscheint, daß über die Ächtheit und den Inhalt eines Briefs verhandelt wird, den im Verlauf des Processes der Kläger dem Beklagten geschrieben hat und mittelst dessen nunmehr das inzwischen erfolgte Geständniß der Zahlung dargethan werden soll.

Ich habe vorhin gesagt, daß eine Protestation gegen den, bereits von dem Producten acceptirten, Inhalt einer Urkunde unzulässig sey; indessen kann auch

d) wenn die von dem Producenten übergebene, gegen den Producten beweisende Urkunde noch ausserdem eine, zum Vortheil des Letzteren gereichende, von diesem noch nicht

---

12) Z. B. wenn ein solcher Passus in die Urkunde von anderer Hand oder in Form einer Correctur hineingeschrieben wurde.

acceptirte Äusserung enthält, allerdings eine Verwahrung von rechtlicher Wirkung seyn.

Man setze den Fall, der Kläger verlangt von dem Beklagten ein Darlehen und beweist dasselbe durch eine gerichtliche oder aussergerichtliche Schuldurkunde.

Unter diesem Document aber steht von der Hand des Klägers eine Quittung über den ganzen Betrag des debiti und der Producent, indem er die Urkunde übergiebt, verwahrt sich, die Zahlung durch die untergefertigte Quittung einräumen zu wollen.

Läßt sich gegen die Statthaftigkeit dieser Protestation mit Bestand etwas einwenden? Gewiß nicht, denn die Quittung rührt ja von des Klägers eigener Hand her, befand sich in dessen Besitz und konnte von ihm, ehe er das Instrument producirte, durchstrichen werden, in welchem Falle der Beklagte nicht versuchen wird, daraus etwas zu seinem Vortheil zu argumentiren.

Hätte aber der Kläger die Schuldurkunde mit der darunter befindlichen Quittung übergeben, ohne sich gegen den Inhalt der letzteren zu verwahren, und würde der Beklagte das zu den gerichtlichen Acten abgegebene Geständniß acceptiren, so würde nunmehr die Einrede der Zahlung als constatirt betrachtet werden müssen, und zwar auf den Grund des vom Kläger abgelegten Geständnisses, ganz abgesehen von dem Laufe der Beweisfrist und dessen peremtorischen Wirkung.

Denn was in einem solchen Falle die Ernstlichkeit des Geständnisses, die Absicht, eingestehen zu wollen, betrifft, so muß diese wohl bei einem, mittelst einer Anlage bei Gericht übergebenen Geständnisse ebenso gut, wie bei einem, in einem Schriftsatz abgelegten, unterstellt werden.

Das Resultat meiner Ausführung dürfte im Wesentlichen Folgendes seyn: daß

1) der Satz testes et documenta etc. in den Gesetzen nicht begründet, auch

2) mit Grundsätzen, die gesetzlich und doctrinell fest stehen, nicht in Einklang zu bringen ist; daß zwar

3) einzelne Folgerungen, welche die Doctrin aus dem Axiom gezogen hat, nicht beanstandet werden können, daß aber diese Folgerungen sich aus anderen, anerkannt richtigen und unbestrittenen Principien herleiten lassen, daß insbesondere

4) die Bestimmungen des J. R. A. und die peremtorische Natur des Beweistermins nie außer Acht gelassen und daher

5) die für den Klagegrund producirten Beweismittel, zur Unterstützung des Einredebeweises und umgekehrt, nicht benutzt werden dürfen, auch daß

6) die Folgen der sogenannten Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel beim directen Gegenbeweis nicht immer mit der Realproduction, sondern, nach Verschiedenheit der Umstände, auch in anderen Momenten des Processes eintreten.